

Familienschuldrecht

Prof. Dr. iur. Peter Gauch
Universität Freiburg/Schweiz*

Publiziert in: *Familie und Recht*, Festgabe für BERNHARD SCHNYDER, Freiburg 1995, S. 249 ff.
Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Inhalt

1. Familienrecht und Schuldrecht: Familienschuldrecht
2. Einschlägige Gesetzesbestimmungen, namentlich des Obligationenrechts
3. Einschlägige Rechtsprechung, namentlich:
 - a. Der dogmatische Haushaltschaden
 - b. Die Verletzung eines Angehörigen
 - c. Der aussereheliche Schwängerer
 - d. Der Pillenschwindel
 - e. Die Bürgschaft zulasten naher Angehöriger
4. Weitere Fragen:
 - a. Die Dritthaftung für unerwünschte Kinder
 - b. Die Schädigung ungeborenen Lebens – Haftung der Mutter?
5. Dauernder Wandel

[249] Seit mehr als zwanzig Jahren lehren BERNHARD SCHNYDER und ich an der gleichen Fakultät, er im ZGB, ich im OR. Was also läge für mich näher, als in diesem Festschriftartikel eine Verbindung zwischen "seinem" und "meinem" Fachgebiet herzustellen! Ich versuche es mit dem "Familienschuldrecht", das in der Schweiz als eigene Disziplin zwar nicht besteht, aber bestehen müsste. Damit nehme ich Rücksicht nicht nur [250] auf den Gesamttitel der Festschrift, sondern auch darauf, dass BERNHARD SCHNYDER für das schweizerische Familienrecht ganz Hervorragendes geleistet hat und leistet.

1. Das schweizerische Familienrecht hat seinen Sitz im Zivilgesetzbuch (Art. 90-456 ZGB), das **Schuldrecht** im OR, das materiell zwar ebenfalls zum ZGB gehört, formell aber ein eigenständiger Erlass mit eigener Gliederung und Artikelzählung ist. Die beiden Rechtsgebiete, Familien- und Schuldrecht, durchdringen sich. Einerseits enthält das Familienrecht des ZGB zahlreiche Bestimmungen schuldrechtlichen Charakters, und anderseits finden sich im OR viele Bestimmungen mit Familienbezug. Das allein schon zeigt, dass es möglich wäre, das Familienschuldrecht auszusondern, um es zu einer speziellen Disziplin auszubauen. Die Arbeit wäre wissenschaftlich reizvoll. Wer sich auf sie einlässt, übernimmt aber eine respektable Aufgabe:

- a. Zunächst gilt es, den massgebenden *Begriff der Familie* zu bestimmen. Dass der "familienrechtliche" Begriff, der sich an den Eckdaten der Ehe, der Verwandtschaft und der Vor-

* Herzlichen Dank schulde ich meinem Assistenten lic. iur. ANDREAS BÜSSER, der mir bei Stoffsammlung und Korrektur geholfen hat

mundschaft orientiert¹, für ein Familienschuldrecht nicht ausreicht, liegt auf der Hand. Für das Familienschuldrecht muss die Familie auch in ihrer soziologischen Wirklichkeit als faktische Lebensgemeinschaft begriffen werden, die das eheähnliche Verhältnis (zwischen verschiedenen- und gleichgeschlechtlichen Partnern), das Zusammenleben mit Stiefeltern, die Hausgenossen, die Verlobten und die Angehörigen überhaupt einbezieht. Eine so starr traditionelle Betrachtungsweise, wie sie das Eidgenössische Versicherungsgericht seiner Rechtsprechung zugrunde legt², wäre jedenfalls für den vorliegenden Zusammenhang untauglich.

- b. [251] Sodann müssen die *einschlägigen Gesetzesbestimmungen* im ZGB und OR (samt Nebengesetzen) herausgesucht und zu einem System verbunden werden. Dazu kommt *die Rechtsprechung*, die ebenfalls unter dem Gesichtspunkt des Familienschuldrechts zu durchforschen und aufzubereiten ist. Mit den modernen Mitteln der Computer-Technik lässt sich diese Forschungsaufgabe erheblich leichter bewältigen, als es noch vor wenigen Jahren der Fall gewesen wäre. Schon ein "Probelauf" durch eine CD-ROM-Diskette, den ich im Hinblick auf den vorliegenden Aufsatz durchgeführt habe, ergab eine unerwartete Fülle einschlägiger Fundstellen.
- c. Schliesslich muss untersucht werden, in welcher Weise das gesetzliche, das gelehrte und das richterliche Schuldrecht auf den *Sondertatbestand der Familie* tatsächlich Rücksicht nimmt oder normativ Rücksicht zu nehmen hat. Diese empirisch-normative Untersuchung bildet das dogmatische Kernstück. Nur wenn sie geleistet wird, erhält das Familienschuldrecht den Rang einer eigenen Disziplin. Dass sie geleistet werden sollte, steht für mich ausser Zweifel, wenn ich bedenke, wie stark und vielfältig die Familie durch das Schuldrecht betroffen ist.

2. Dass die Möglichkeiten eines schlichten Aufsatzes bei weitem nicht genügen, um die geschilderte Aufgabe auch nur annähernd zu bewältigen, ist offenkundig. Zunächst glaubte ich zwar, mindestens eine systematische Ordnung der direkt einschlägigen **Gesetzesbestimmungen** könnte mir gelingen. Aber angesichts des umfangreichen Materials musste ich schon bald kapitulieren.

- a. Selbst mit dem fragwürdigen Kunstgriff, die Untersuchung auf das *Obligationenrecht* zu beschränken, stiess ich auf so viele Bestimmungen familienschuldrechtlicher Art, dass es mir als verwegen erschien, eine systematische Durchdringung im Rahmen eines Aufsatzes zu versuchen. Dass dies keine leere Schutzbehauptung ist, mag eine Auswahl von Beispielen zeigen, in denen das gesetzliche Obligationenrecht den Familienbezug herstellt. Nach Massgabe ihrer sachlichen Zugehörigkeit ordne ich diese Bestimmungen nach folgenden Kategorien:
 - *Vertragsabschluss*: Nach Art. 30 Abs. 1 OR ist jeder Vertrag, der unter widerrechtlich erregter Furcht abgeschlossen wird, [252] einseitig unverbindlich (Art. 29 Abs. 1 OR), wenn der Bedrohte annehmen muss, dass "*eine ihm nahe verbundene Person*"³ an Leib und Leben, Ehre oder Vermögen mit einer nahen und erheblichen Gefahr bedroht ist. Unter den Voraussetzungen der Art. 226b, 228 und 494 OR bedürfen die

¹ Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995, S. 152.

² Vgl. den bisher unveröffentlichten Entscheid vom 15.5.1995, in NZZ Nr. 129 vom 7.6.1995: "Ob der Begriff *Familie* im Sinne der modernen Kleinfamilie oder als Sippe verstanden wird: so oder so regle das Zivilgesetzbuch (ZGB) die Familie über das ihre Grundlage bildende Element der Ehe'. [...] Aus der Sicht des Familienrechts sei daher 'für den Begriff *Familie* der formelle Eheschluss qualitativ entscheidend, sei es, um sie selbst zu begründen, sei es, um verwandtschaftlich rechtsverbindliche Beziehungen zu ihr zu knüpfen'".

³ Auszeichnungen sind jeweils solche des Verfassers.

darin betroffenen Verträge der *Zustimmung des Ehegatten oder des gesetzlichen Vertreters*. Art. 240 OR verknüpft die Frage der Schenkungsfähigkeit mit dem *ehelichen Güterrecht*, dem Erbrecht und dem *Vormundschaftsrecht*. Nach Art. 241 Abs. 2 OR ist eine Schenkung "nicht erworben oder wird aufgehoben, wenn der *gesetzliche Vertreter* (des Beschenkten) deren Annahme untersagt oder die Rückleistung anordnet". Und nach Art. 273a Abs. 2 OR sind "Vereinbarungen über die Erstreckung" der Miete "nur gültig, wenn sie mit beiden Ehegatten abgeschlossen werden".

- *Haftpflchtrecht*: Die wohl bekannteste Haftpflchtbestimmung mit Familienbezug steht zwar im ZGB und regelt die *Verantwortlichkeit des "Familienhauptes"*, wenn "ein unmündiger oder entmündigter, ein geistesschwacher oder geisteskranker *Hausgenosse*" einen Schaden anrichtet (Art. 333 ZGB).⁴ Einschlägiges enthält aber auch das OR. So hat der Haftpflchtige nach Art. 45 Abs. 3 OR für den *Versorgerschaden* aufzukommen, falls andere durch die Tötung eines Menschen ihren Versorger verlieren. Und nach Art. 47 OR kann der Richter bei Tötung eines Menschen "den *Angehörigen* des Getöteten" eine Genugtuungssumme zusprechen.
- *Verrechnung und Abtretung*: Gegen den Willen des Gläubigers können nach Art. 125 Ziff. 2 OR "Unterhaltsansprüche und Lohnguthaben, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner *Familie* unbedingt erforderlich sind", nicht durch Verrechnung getilgt werden. Nach Art. 325 OR kann der Arbeitnehmer künftige Lohnforderungen nur (aber immerhin) zur Sicherung *familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten* abtreten.
- [253] *Verjährung*: Nach Art. 134 Abs. 1 OR beginnt die Verjährung nicht oder steht stille: 1. "für Forderungen der *Kinder gegen die Eltern* während der Dauer der elterlichen Gewalt"; 2. "für *Forderungen der Mündel* gegen den Vormund und die vormundschaftlichen Behörden während der Dauer der Vormundschaft"; 3. "für Forderungen der *Ehegatten* gegeneinander, während der Dauer der Ehe", 4. "für Forderungen der Arbeitnehmer, die mit dem Arbeitgeber in *Hausgemeinschaft* leben, gegen diesen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses".
- *Schenkungsvertrag*: Einschlägige Gesetzesbestimmungen betreffen nicht nur den Abschluss, sondern auch die Aufhebung des Schenkungsvertrages. So kann der Schenker die Schenkung nach Art. 249 OR widerrufen: 1. "wenn der Beschenkte gegen den Schenker oder gegen eine diesem *nahe verbundene Person* ein schweres Verbrechen begangen hat"; 2. "wenn er gegenüber dem Schenker oder einem von dessen Angehörigen die ihm obliegenden *familienrechtlichen Pflichten* schwer verletzt hat". Nach Art. 250 OR kann aus den gleichen Gründen das blosses Schenkungsversprechen widerrufen werden (Ziff. 1), ausserdem aber auch dann, "wenn seit dem Versprechen dem Schenker *familienrechtliche Pflichten* erwachsen sind, die vorher gar nicht oder in erheblich geringerem Umfange bestanden haben" (Ziff. 3).

⁴ Vgl. darüber TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 365 ff.; REY, Ausservertragliches Haftpflchtrecht, Zürich 1995, Nr 1136 ff.

- *Mietvertrag*: Nach Art. 266m Abs. 1 OR vermag ein Ehegatte die *Familienwohnung* "nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des andern" zu kündigen.⁵ Umgekehrt sind "die Kündigung (der Familienwohnung) durch den Vermieter sowie die Ansetzung einer Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung ... dem Mieter und seinem Ehegatten separat zuzustellen" (Art. 266n OR). "Dient die gemietete Sache als *Wohnung der Familie*, so kann" nach Art. 273a Abs. 1 OR "auch der Ehegatte des Mieters die Kündigung anfechten, die Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen oder die übrigen Rechte ausüben, die dem Mieter bei Kündigung zustehen". Eine Erstreckung des Mietverhältnisses kann der Mieter nach Art. 272 OR verlangen, "wenn die [254] Beendigung der Miete für ihn oder seine *Familie* eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen wäre" (Abs. 1). Bei der erforderlichen Interessenabwägung berücksichtigt die zuständige Behörde unter anderem auch die "*familiären*" Verhältnisse der Parteien sowie einen "allfälligen Eigenbedarf des Vermieters für sich, *nahe Verwandte oder Verschwägte*" (Art. 272 Abs. 2 lit. c und d OR). Auf *Einfamilienhäuser* mit sechs und mehr Wohnräumen finden die Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse keine Anwendung (Art. 253b Abs. 2 OR).

Der "Eigenbedarf für nahe Verwandte oder Verschwägte" wird auch in anderem Zusammenhang erheblich. Nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR kann der neue Eigentümer von Wohn- und Geschäftsräumen das bestehende Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, wenn er einen dringenden Eigenbedarf für "*nahe Verwandte oder Verschwägte* geltend macht". Und nach Art. 271a Abs. 3 lit. a OR spielt der Eigenbedarf für "*nahe Verwandte oder Verschwägte*" eine Rolle für die Beantwortung der Frage, ob die Kündigung des Vermieters gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst (Art. 271 OR). Die Kündigungsschutzbestimmungen der Miete (Art. 271-273c OR) gelten sinngemäss auch für die Pacht, jedoch unter Ausschluss der "Bestimmungen über die *Wohnung der Familie*" (Art. 300 Abs. 1 und 2 OR).

- *Arbeitsvertrag*: Art. 338 Abs. 2 OR verlängert die Lohnzahlungspflicht für eine gewisse Zeit über den Tod des Arbeitnehmers hinaus, "sofern der Arbeitnehmer den *Ehegatten oder minderjährige Kinder* oder bei Fehlen dieser Erben andere Personen hinterlässt, denen gegenüber er eine *Unterstützungspflicht* erfüllt hat". Art. 345 Abs. 2 OR verpflichtet den *gesetzlichen Vertreter* des Lehrlings, "den Lehrmeister in der Erfüllung seiner Aufgabe nach Kräften zu unterstützen und das gute Einvernehmen zwischen Lehrmeister und Lehrling zu fördern". Und in Art. 351 OR erscheinen die "*Familienangehörigen*" schon in der Umschreibung des Heimarbeitsvertrages.
- *Mäklervertrag*: "Aus der *Heiratsvermittlung* entsteht" nach Art. 416 OR "kein klagbarer Anspruch auf Mäklerlohn". Gemäss einem Vorentwurf zur Änderung des ZGB soll der "Auftrag zur [255] Ehe- und Partnerschaftsvermittlung" im Auftragsrechts geregelt werden, was zum Wegfall des Art. 416 OR führen würde.
- *Verpfändungsvertrag*: Nach Art. 524 OR tritt der Pfründer "in *häusliche Gemeinschaft*" mit dem Pfrundgeber, der ihm "Wohnung und Unterhalt" und in Krankheitsfällen "die nötige Pflege und ärztliche Behandlung" schuldet. Diese enge ("familiäre") Verbindung kann nach Art. 527 Abs. 1 OR von jeder Seite aufgehoben werden, "wenn infolge

⁵ Vgl. dazu Art. 169 ZGB, der noch weitere Rechtsgeschäfte, welche die Wohnung der Familie betreffen, von der Zustimmung des Ehegatten abhängig macht.

von Verletzung der vertraglichen Pflichten das Verhältnis unerträglich geworden ist oder wenn andere wichtige Gründe dessen Fortsetzung übermässig erschweren oder unmöglich machen".

- *Handelsrecht*: Ein Seitenblick ins Handelsrecht zeigt, dass gesetzliche Bestimmungen mit Familienbezug auch dort anzutreffen sind. Art. 685 Abs. 1 OR erklärt, dass die Übertragung nicht voll liberierter Aktien keiner Zustimmung durch die Gesellschaft bedarf, wenn die Aktien durch "*eheliches Güterrecht*" erworben werden. Werden Namenaktien, die statutarisch "nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen" (Art. 685a OR), durch "*eheliches Güterrecht*" erworben, darf die Zustimmung zum Erwerb (je nach Fall) entweder überhaupt nicht (Art. 685d Abs. 3 OR) oder nur gegen Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert (Art. 685b Abs. 4 OR) abgelehnt werden. Und nach Art. 792 Abs. 1 OR bedarf der Erwerb eines GmbH-Anteils infolge "*ehelichen Güterrechts*" einer Zustimmung durch die andern Gesellschafter nur dann, wenn die Statuten dies vorschreiben.
- b. Die aufgeführten Beispiele demonstrieren die *Vielfalt der Fälle*, in denen das gesetzliche Schuldrecht des OR auf den Tatbestand der Familie Rücksicht nimmt. Die meisten Bestimmungen *bezwecken* den vermögensmässigen oder sonstigen Schutz der "Familienangehörigen", sei es im Verhältnis zu Dritten oder untereinander. Andere Bestimmungen privilegieren familienbezogene Sachverhalte, z.B. das Versorgungs-, Unterhalts- oder Unterstützungsverhältnis, den güterrechtlichen Erwerb, den familienmässigen Eigenbedarf oder die Familienwohnung. Wieder andere dienen dem Wohl des Lehrlings, schützen Heiratswillige vor den Ansprüchen ihrer Mäkler oder sanktionieren die Zufügung von Leid, die Verletzung [256] familienrechtlicher Pflichten oder begangene Verbrechen gegenüber Personen, die mit einem Vertragspartner nahe verbunden sind.

Der jeweilige *Zweckgedanke*, der einer Bestimmung als "ratio legis" zugrundeliegt, ergibt sich aus ihrer Auslegung und hilft, wenn er feststeht, zur weiteren Auslegung des Gesetzes.⁶ Zweck- und Auslegungsfragen bilden, wenn es um eine eigene Disziplin des Familienschuldrechts geht, einen Schwerpunkt der wissenschaftlichen Forschung. So stellt sich etwa die Frage, was das Gesetz unter den "Angehörigen", unter den "nahen Personen", den "nahe verbundenen Personen", den "nahen Verwandten", der "Hausgemeinschaft" oder der "häuslichen Gemeinschaft" versteht. Des weitern: Was ist eine "Familie" im Sinne des Art. 125 Ziff. 2 OR? Umfasst sie nebst dem Gläubiger nur Personen, für die der Gläubiger familienrechtlich unterhaltspflichtig ist, oder greift der Begriff darüber hinaus, allenfalls auch auf Lebensgemeinschaften, die keine Familie im Sinne des Familienrechtes sind? Und wie verhält es sich mit der "Familie" des Art. 272 Abs. 1 OR? Handelt es sich um den gleichen Begriff wie in Art. 125 Ziff. 2 OR oder verwendet das Gesetz den Begriff bald so bald anders? Verwendet es den Begriff vielleicht wieder anders im Zusammenhang mit der Wohnung, die einer "Familie" dient? Was gilt, wenn zwei Ehepartner ihre Lebensgemeinschaft in zwei Wohnungen führen, von denen jeder von ihnen nur eine gemietet hat? Unterstehen in diesem Falle beide Wohnungen den mietrechtlichen Bestimmungen über die Wohnung der Familie? Und last but not least: Lassen sich die mietrechtlichen Bestimmungen über die Familienwohnung sinngemäss auf Wohnungen übertragen, die (allenfalls mit Wissen des Vermieters) einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft dienen? Hinsichtlich des "Einfamilienhauses", von dem Art. 253b Abs. 2 OR spricht, kommt es überhaupt nicht darauf an, in welcher Beziehung die Hausbewohner zueinander stehen.

⁶ Zur Gesetzesauslegung vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 34 ff.

3. Antworten auf solche Fragen finden sich gewiss in Kommentaren, Lehrbüchern, Einzelmonographien und Gerichtsentscheiden. Sie behandeln die Problematik jedoch "partiell" oder "kompartimentweise", nicht im übergreifenden Kontext eines Familienschuldrechts, was allein die Möglichkeit böte, gewonnene Einzelerkenntnisse am [257] Gesamten zu kontrollieren. Auch ich selber beschränke mich auf das "Partielle", wenn ich im Folgenden die **Rechtsprechung** in den Vordergrund rücke. Diesbezüglich möchte ich an mehreren Beispielen nachweisen, dass familiäre Aspekte geeignet sind, nicht nur das gesetzte, sondern auch das gesprochene Recht erheblich zu beeinflussen. Zum Zwecke der Demonstration greife ich typische Gerichtsentscheide heraus, darunter auch solche aus Deutschland:

- a. **Der normative Haushaltschaden.** Wer einen andern am Körper verletzt, hat bei gegebenen Voraussetzungen den dadurch entstehenden Schaden zu vergüten. Mit der Bestimmung des ersatzfähigen Körperschadens befasst sich im schweizerischen Obligationenrecht die Regel des Art. 46 OR⁷. Nach der Rechtsprechung zu ersetzen ist indes auch der Haushaltschaden ("Hausfrauenschaden"), der einer verletzten und deshalb (ganz oder teilweise) arbeitsunfähigen Frau aus der Beeinträchtigung in der Führung des Haushaltes entsteht.⁸ Worin aber besteht dieser Schaden? – Erstens entfällt der "entgangene Gewinn" ("lucrum cessans") als möglicher Schadensposten, soweit die Hausfrau für ihre Arbeit keinen Lohn erhält, was dem gesellschaftlichen "Normalfall" entspricht. Zweitens kommt ein zusätzlicher Kostenaufwand ("damnum emergens"), der durch den Einsatz fremder Hilfen entsteht, im Familienhaushalt auch den übrigen Haushaltsgenossen zugute, weshalb er in diesem Umfang ein nicht ersatzfähiger Reflexschaden ist. Und drittens fehlt es an einem zusätzlichen Kostenaufwand überhaupt, wenn die übrigen Angehörigen (oder unbezahlte Fremde) in die Bresche springen oder die Haushaltarbeit einfach liegen bleibt.

- Die umschriebenen *Schwierigkeiten zur "dogmatischen" Begründung eines Haushaltschadens* sind bekannt⁹, für das Bundesgericht aber kein Hindernis, der arbeitsunfähigen Hausfrau einen Schadenersatzanspruch zuzubilligen, gleichgültig, ob sie nur allein oder ob auch ihre Familienangehörigen durch den Ausfall betroffen sind (vgl. BGE 57 II 102 und 556; 69 II 334; 99 II 223; 117 II 623 f.). [258] Insbesondere steht der Hausfrau ein Schadenersatzanspruch auch dann zu, wenn jetzt der Ehemann oder andere Familienangehörige die ihr obliegenden Arbeiten verrichten (BGE 99 II 223).

Mit dieser Rechtsprechung zum Haushaltschaden nimmt das Bundesgericht auf den Sondertatbestand der Familie Rücksicht, der es rechtfertigt, die sonst geltenden Prinzipien der Schadenslehre bewusst (BGE 99 II 223) beiseitezuschieben. Ersetzt wird nicht bloss der "konkrete" Aufwand für Haushalthilfen, sondern "die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit" an sich¹⁰: "unabhängig davon, ob dieser Wertverlust zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Aufwand..., zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt".¹¹ Das aber ist Ersatz eines

⁷ Vgl. dazu (statt vieler): REY, zit. in Anm. 4, Nr. 229 ff.

⁸ Vgl. statt vieler: BREHM, Berner Kommentar, N 113 zu Art. 46 OR; PFIFFNER/GESELL, Schadensausgleich bei Arbeitsunfähigkeit in der Haushalt- und Familienarbeit, plädoyer 1989, S. 44 ff.; REY, zit. in Anm. 4, Nr. 242.

⁹ Vgl. auch PFIFFNER/GESELL, zit. in Anm. 8, S. 45.

¹⁰ Vgl. auch BREHM, Berner Kommentar, N 113 zu Art. 46 OR.

¹¹ Pra 84/1995, S. 556 (Nicht zur aml. Publikation vorgesehen). Nach der Berechnungsmethode BRÜNNER, die das Bundesgericht anwendet, wird allerdings der Umstand, dass die weiteren Familienmitglieder im

"normativen" Schadens¹², dessen Ersatzfähigkeit das Bundesgericht normalerweise gerade verneint (BGE 115 II 481 f.).

- Die rapportierte Rechtsprechung zum Haushaltschaden *deckt sich mit den Anschauungen der Gesellschaft*. Sie verdient Zustimmung, da sie die Erfordernisse, die sich aus dem familiären Zusammenleben und aus der besondern Stellung der Hausfrau im Verband der Familie ergeben, wertungsmässig über dogmatische Prinzipien stellt. Gleich zu entscheiden ist sicher auch dann, wenn es um den Haushaltschaden eines verletzten Hausmannes geht. Und meines Erachtens kann auch dort nichts anderes gelten, wo der Haushalt für eine eheähnliche Lebensgemeinschaft zu führen ist.¹³ Dass die Konkubinatspartner keine gesetzliche Pflicht zum Unterhalt der "Familie" trifft, steht dem nicht entgegen, da ja auch der Haushaltschaden der Ehefrau sich nicht danach bestimmt, was sie für die Familie schuldet, sondern danach, was sie wirklich erbringen würde. Ob das Bundesgericht sich diesem Standpunkt anschliessen und wie weit es seine Rechtsprechung zum Haushaltschaden "ausdehnen" wird, bleibt abzuwarten. Parallele Probleme stellen sich z.B. auch im Zusammenhang mit Ordensgemeinschaften:

[259] In einem Gutachten vom 14. Januar 1966 hatte PETER JÄGGI sich mit der Frage zu befassen, ob ein verunfallter Ordensbruder Schadenersatz wegen verminderter Arbeitsfähigkeit verlangen könne, obwohl er seine ganze Arbeitskraft in den Dienst des Ordens gestellt und dementsprechend kein persönliches Einkommen hat. Die Frage wurde von JÄGGI bejaht: mit der Begründung, dass der Verunfallte wirtschaftlich vollständig in den Orden integriert sei, weshalb der Schaden, den er infolge der Arbeitsunfähigkeit erleide, sogleich auf die Ordensgemeinschaft durchschlage und demzufolge dem unmittelbaren Reflexschaden entspreche, der dem Orden entstehe. Diese Auffassung beruhe auf einem allgemeinen Grundsatz, der für jeden Fall einer gänzlichen oder teilweisen Integration des Verunfallten in einen umfassenden wirtschaftlichen Verband gelte.

Der von PETER JÄGGI herausgestellte Grundsatz (eine Art des "umgekehrten Durchgriffs") abstrahiert von den familiären Beziehungen, da er mit dem Element der wirtschaftlichen Integration auf eine rein ökonomische Betrachtung abhebt. Sollte der Grundsatz sich tatsächlich durchsetzen, brächte er neue Bewegung in die weitgehend erstarrte Lehre vom Schadenersatz. In einem analogen Fall (verunfallter Ordensbruder mit Organistenfunktion in einer Benediktiner-Abtei) hat das Oberlandesgericht Celle (trotz erhöhter "Ersatzfreudigkeit" der deutschen Rechtsprechung) allerdings gegenteilig entschieden, unter anderem auch mit dem Hinweis, dass die Rechtsprechung zum Haushaltschaden der ehelichen Hausfrau auf einen derartigen Fall nicht anzuwenden sei.¹⁴

- b. **Die Verletzung eines Angehörigen.** "Bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung kann der Richter" nach Art. 47 OR "dem Verletzten oder den Angehörigen¹⁵ des Getöteten

Haushalt mithelfen, als Reduktionsgrund berücksichtigt (BGE 117 II 624).

12 Pra 84/1995, S. 556 vgl. auch BREHM, Berner Kommentar, N 113 zu Art. 46 OR.

13 So z.B. LG Zweibrücken, NJW 1993, S. 3207.

14 OLG Celle, NJW 1988, S. 2618.

15 Zum Begriff dieser "Angehörigen", wie er in der heutigen Lehre und Rechtsprechung verstanden wird, vgl. REY, zit. in Anm. 4, Nr. 458 f; GAUCH/AEPLI/CASANOVA, OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 3. Auflage, S. 133 f. In BGE 114 II 149 wurde offengelassen, ob auch Konkubinatspartner darunter gehören. Von einem Teil der Lehre werden Konkubinatspartner immer noch ausgeschlossen, worin sich eine moralisierende Abwehrhaltung gegen eheähnliche Lebensgemeinschaften äussert.

eine [260] angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen". Von den Angehörigen eines "nur" Verletzten ist in Art. 47 OR dagegen nicht die Rede, weshalb das Bundesgericht in seiner früheren Praxis¹⁶ den Angehörigen der Verletzten einen Genugtuungsanspruch verweigert hat. Diese Praxis aber wurde in jüngerer Vergangenheit geändert, erst verdeckt, dann in der für die Rechtsgemeinschaft erwünschten Offenheit:

- Die "verdeckte" Praxisänderung findet sich in BGE 108 II 433 f. Darin hat das Bundesgericht bei der Festsetzung der Genugtuung für ein infolge Körperverletzung dauernd bewusstloses Kind auch der Beeinträchtigung seiner Eltern Rechnung getragen, die es pflegten. Damit aber hat es, wie das Bundesgericht im späteren BGE 112 II 220 ff. selber zugibt, "auf dem Umweg über den Verletzten auch nahen Angehörigen eine Genugtuung zugesprochen. Damit berücksichtigte es, ohne von der bisherigen Praxis abzuweichen, die den Angehörigen des Verletzten keinen eigenen Genugtuungsanspruch zugestand, dass der seelische Schmerz von Angehörigen in derartigen Fällen womöglich grösser ist als im Fall des Todes, für den Art. 47 OR ausdrücklich einen Genugtuungsanspruch vorsieht" (BGE 112 II 223). Oder mit andern Worten:

Unter dem Eindruck der konkreten Umstände und geleitet von der Einsicht, dass Angehörige grundsätzlich auch im Verletzungsfall den Schutz des Genugtuungsrechts verdienen, setzte sich das Bundesgericht über die nach seiner damaligen Ansicht gegen-
teilige Anordnung des Art. 47 OR hinweg! Das war bei allem Respekt vor dem angestrebten Ziel ein recht gewagter Schritt, da ja derartige Schleichwege kaum ins Arsenal einer höchstrichterlichen Rechtsprechung passen. Dass das Gericht sich zu diesem Schritt entschloss, kann nur damit erklärt werden, dass der Zwang, dem betroffenen Familienverhältnis materiell gerecht zu werden, die juristischen Bedenken überwog. So gesehen, war der gewagte Schritt ein mutiger Schritt in die richtige Richtung.

- Weil natürlich auch das Bundesgericht klare Verhältnisse den Umwegen vorzieht, liess die "offene" Praxisänderung nicht lange [261] auf sich warten. Schon in BGE 112 II 220 ff. war es so weit. Darin wurde einem Ehemann, dessen Ehefrau durch schwere Körperverletzungen invalid geworden war, ein selbständiger Anspruch auf Genugtuung zugestanden. Statt den Umweg über den Anspruch des Verletzten zu beschreiten, fand jetzt das Bundesgericht einen gesetzlichen Ausweg über Art. 49 Abs. 1 OR (in der damals noch altrechtlichen Fassung). Der Ehemann sei durch die Verletzung seiner Frau psychisch beeinträchtigt und damit auch in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt, was ihm einen Genugtuungsanspruch nach Massgabe des Art. 49 Abs. 1 OR verschaffe, wenn auch die übrigen Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt seien. Die Meinung der Vorinstanz, Art. 47 OR schliesse als Spezialvorschrift die Anwendbarkeit von Art. 49 OR aus, sei unhaltbar, weil der Ehemann die Verletzung seiner eigenen persönlichen Verhältnisse geltend mache.

Im Ergebnis befriedigt die "offene" Praxisänderung, die mehrfach bestätigt wurde (vgl. BGE 112 II 226 ff.; 116 II 520; 117 II 56). Jedenfalls befriedigt sie das Rechtsgefühl und trägt der Tatsache Rechnung, dass Fälle, in denen schwerstgeschädigte Menschen Jahre lang überleben und die Psyche der betroffenen Angehörigen auf Dauer belasten, im Zuge des medizinischen Fortschritts immer häufiger werden. Die Rücksichtnahme auf die seelische Bin-

Der französische Text des Art. 47 OR verwendet gleichbedeutend mit dem deutschsprachigen Ausdruck "Angehörige" den Terminus "famille".

¹⁶ Vgl. BGE 58 II 129 f.; unveröffentlichter BGE vom 22.3.1960 (zit. bei BREHM, N 188 zu Art. 47 OR).

dung zwischen den Angehörigen¹⁷ hat das Bundesgericht bewogen, von seiner früheren Praxis abzurücken. "Gesetzestechnisch" allerdings vermag die Argumentation des Bundesgerichtes nicht völlig zu überzeugen. Denn auch in Art. 47 OR geht es um die psychische Beeinträchtigung (die immaterielle Unbill) der Angehörigen, die den Grund dafür bildet, dass Art. 47 OR den Angehörigen des Getöteten einen eigenen Anspruch auf Genugtuung einräumt.¹⁸ Wäre die Bestimmung des Art. 47 OR tatsächlich so zu verstehen, dass sie den Angehörigen von Verletzten einen [262] Genugtuungsanspruch durch qualifiziertes Schweigen versagt ("argumentum e contrario"), so müsste diese Ausschlussregel auch im Anwendungsbereich des Art. 49 OR gelten. Denn nach dem selbstverständlichen Prinzip der widerspruchsfreien Auslegung kann das Gesetz nicht mit der einen Bestimmung geben, was es mit der andern gerade verweigert. Deshalb bleibt zu fragen, ob es nicht "richtiger" wäre, Art. 47 OR unter dem Eindruck veränderter Rechtsanschauung neu und so zu interpretieren, dass er auf die Angehörigen eines Verletzten ebenfalls zur Anwendung kommt.¹⁹ Die zutreffende Feststellung des Bundesgerichts, dass der seelische Schmerz von Angehörigen in Fällen der Körperverletzung womöglich grösser ist als im Fall des Todes (BGE 108 II 433 f.), hätte eigentlich in diese Richtung gewiesen. Das "argumentum a fortiori" war bereitgestellt.

- c. **Der aussereheliche Schwängerer.**²⁰ Um Ehebruch mit Kindesfolge, Anfechtung der Vaterschaft und Kostentragung geht es in BGE 109 II 4 ff. Eine Ehefrau unterhielt ein intimes Verhältnis zu ihrem Freund, was zur Geburt eines Knaben und zur erfolgreichen Anfechtung der Vaterschaft durch den Ehemann führte. Das urteilende Gericht auferlegte der Ehefrau die Kosten des Anfechtungsprozesses und eine Parteientschädigung im Gesamtbetrag von Fr. 3030.-. Diese Kosten aber erwiesen sich als nicht einbringlich, so dass dem inzwischen geschiedenen Ehemann ein Verlustschein über einen Betrag von Fr. 3125.- ausgestellt wurde. Das wiederum veranlasste den geschiedenen Mann zu einer Schadenersatzklage gegen den ausserehelichen Vater des Knaben, der das Kind zwischenzeitlich als seinen Sohn anerkannt hatte. Via staatsrechtlicher Beschwerde kam der Fall auch vor das Bundesgericht.

- Das Bundesgericht, stand vor der *Frage*, ob der eingeklagte Schaden überhaupt ersatzfähig sei oder ob es an der von Art. 41 Abs. 1 OR vorausgesetzten Widerrechtlichkeit der Schädigung fehle. Diese Frage wurde vom Gericht positiv entschieden, indem es Art. 28 ZGB (in der noch altrechtlichen Fassung) zu Hilfe rief:

Die Teilnahme an ehewidrigen oder ehebrecherischen Beziehungen sei (so das Gericht) eine Verletzung der persönlichen [263] Verhältnisse, die zu Schadenersatz und Genugtuung Anlass geben könne; die Ehe sei für den Ehegatten in persönlicher Hinsicht von so grosser Bedeutung, dass sich nicht im Ernste bezweifeln lasse, dass der an einem Ehebruch beteiligte Dritte die Ehe störe und damit zugleich den andern Ehegatten in seinen persönlichen Verhältnissen verletze; dem stehe auch der Umstand nicht entgegen, dass eine solche Störung nicht allein auf das Verhalten des Dritten zurückzuführen sei, sondern ein Mittun des ungetreuen Gatten voraussetze (BGE 109 II 5).

¹⁷ Vgl. REY, zit. in Anm. 4, Nr. 470.

¹⁸ Vgl. REY, zit. in Anm. 4 Nr. 457. Die Verletzung des Gefühls- und Familienlebens ist besonders ausgeprägt, wenn Kinder, die bereits Mutterwaisen waren, auch noch ihren Vater verlieren mit dem sie eng verbunden waren (BGE 90 II 83), oder wenn Eltern ihre zwei einzigen Kinder verlieren (BGE 93 II 96). Demgegenüber rechtfertigt die Tatsache, dass der getötete Ehemann ein Liebesverhältnis mit einer anderen Frau unterhielt, nicht unbedingt eine Reduktion der Genugtuungssumme (BGE 99 II 214).

¹⁹ In diesem Sinne auch: TERCIER, Strassenverkehrsrechtstagung, Freiburg 1988, S. 26

²⁰ Terminologie nach Bundesgericht (Rubrum zu BGE 119 II 4 ff.).

- Diese Erwägungen des Bundesgerichtes sind nur verständlich, wenn man sie als argumentatives Mittel zur Verwirklichung sittlicher Wertvorstellungen *im Bereich der familiären Beziehung* begreift. Da aussereheliche Lebensgemeinschaften geeignet sind, zwischenmenschliche Treuebeziehungen von gleicher Qualität zu begründen, müsste die ehebezogene Rechtsprechung des Bundesgerichts auch auf solche Gemeinschaften übertragen werden. Bei rein rechtlicher Betrachtung hingegen lässt sich durchaus und "im Ernst" bezweifeln, dass das gesetzliche Persönlichkeitsrecht eines betrogenen Ehepartners durch den Ehebruch verletzt wird²¹. Beharrt man indes auf der gerichtlich angenommenen Persönlichkeitsverletzung, so hat der diskutierte Schaden zwar die gleiche Ursache wie die konstruierte Persönlichkeitsverletzung, ist aber nicht deren Folge²², weshalb der Schadenersatzanspruch am fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhang scheitert. Im Ergebnis entspricht diese juristische Betrachtung auch der deutschen Rechtsprechung, wonach der Ehebruch an sich kein zu Schadenersatz verpflichtender Tatbestand ist.²³

Lehnt man den *Ehebruch als haftungsbegründenden Sachverhalt* ab, so begeht auch die Ehefrau keine unerlaubte Handlung gegenüber dem Ehemann, wenn sie ein Kind im Ehebruch empfängt (anders: Amtsgericht Luzern-Land, SJZ 83, 1987, S. 259 ff.).²⁴ Daran aber [264] scheitert eine spätere Schadenersatzforderung des Ehemanns auf Rückzahlung der als Scheinvater getätigten Unterhaltsleistungen, falls es an einem andern Haftungsrunde fehlt. Als mögliche Haftungsgrundlage käme Art. 41 Abs. 2 OR in Frage, wenn die Mutter ihren Ehemann absichtlich schädigt, indem sie ihn über die Ehelichkeit des Kindes durch ausdrückliches Ableugnen des Ehebruches täuscht.²⁵ Doch müssten die strengen Haftungsbedingungen des Art. 41 Abs. 2 OR im konkreten Fall tatsächlich erfüllt sein.

- d. **Der Pillenschwindel.** Damit befasst sich der deutsche Bundesgerichtshof in BGHZ 97, S. 372 ff. Ein Konkubinatspartner lebte mit seiner Gefährtin zusammen, wobei sich beide einig waren, dass aus ihren Beziehungen kein Kind hervorgehen und die Partnerin empfängnisverhütende Mittel nehmen sollte. Ohne ihren Partner darüber zu orientieren, setzte die Frau jedoch die "Pille" ab, weil sie unbedingt ein Kind von ihrem Lebensgefährten haben wollte. Sie bekam das Kind; ihr Partner wurde als nichtehelicher Vater zur Bezahlung "des Regelunterhaltes" verurteilt und verlangte hierfür Schadenersatz von der früheren Partnerin.
 - Im Zusammenhang mit einem Anwaltsprozess kam die *Frage*, ob der geltend gemachte Schadenersatzanspruch des Vaters gegenüber seiner vormaligen Lebensgefährtin bestehe, vor den besagten Bundesgerichtshof. Die Frage wurde verneint, zunächst unter dem *Gesichtspunkt des Vertragsrechts*. Für einen vertraglichen Schadenersatzanspruch fehle es jedenfalls an einem *gültigen* Vertrag über die Einnahme der Pille. Denn: "Zur personalen Würde und zum Persönlichkeitsrecht von Partnern, die miteinander Geschlechtsverkehr haben, gehört es, sich immer wieder neu und frei für ein Kind ent-

21 Überzeugend: OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, Zürich 1987, S. 47 ff.

22 OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 52.

23 Vgl. BGHZ 57, 229 = NJW 1972, S. 199.

24 In BGE 109 II 6 wurde offengelassen, ob der Unterhalt für ein im Ehebruch gezeugtes Kind überhaupt als Vermögensschaden im Sinne von Art. 41 ff. OR angesehen werden kann "oder ob nicht ethische Gründe allgemeiner Art einer solchen Betrachtung entgegenstehen müssten".

25 Aus Deutschland vgl. LG Baden-Baden, NJW 1992, S. 1514.

scheiden zu können. Sie müssen daher in ihrer Entscheidung, ob sie zur Vermeidung einer Schwangerschaft empfängnisverhütende Mittel gebrauchen, frei bleiben. Diese Entscheidungsfreiheit betrifft den engsten Kern ihrer Persönlichkeit und ihrer Entfaltung in Selbstbestimmung. Daraus folgt, dass ein Partner sich nicht wirksam im voraus zur regelmässigen Anwendung eines Empfängnisverhütungsmittels rechtsverbindlich verpflichten kann".

- [265] Aber auch ein *Deliktsanspruch* wurde verneint, dies mit einer Begründung, die sie besser nicht aufzeigen könnte, wie bisweilen die Rücksichtnahme auf familiäre Beziehungen das dogmatische Schuldrecht verdrängt. "Der Intimbereich zweier volljähriger Partner [...] unterliegt im Falle der Geburt eines Kindes grundsätzlich auch dann nicht dem Deliktsrecht, wenn der eine Partner dabei den andern über die Anwendung empfängnisverhütender Massnahmen getäuscht hat". So argumentiert der Bundesgerichtshof und fährt dann fort: "Dieses ist im vorliegenden Fall darüberhinaus auch durch die Interessen des Kindes geboten", das bei seiner Mutter lebt, und dabei "naturgemäss in allen seinen Lebensbedingungen an den Lebensverhältnissen der Mutter und ihrem Lebensstandard" teilnimmt. "Wegen des Schadensersatzverlangens seines eigenen Vaters müsste es daher bis zum Ende seiner Unterhaltsbedürftigkeit erhebliche persönliche, psychische und wirtschaftliche Beeinträchtigungen erleiden. Das Kind müsste die finanzielle und seelische Belastung der Mutter mitempfinden. Besonders schwerwiegend wären diese Auswirkungen im Falle einer zwangsweisen Beitreibung des Anspruchs gegen die Mutter. Möglicherweise würde diese durch ihre im Ergebnis doppelte Unterhaltslast auch zu einem beruflichen Einsatz veranlasst, der die Belange des Kindes nicht mehr wahrt. Einem Kind, dessen Mutter derartigen seelischen und finanziellen Belastungen ausgesetzt ist, werden die Ursachen dafür nicht verborgen bleiben. Die damit notwendigerweise verbundene Erkenntnis des Kindes, dass es durch seine eigene Existenz eine Haftung der Mutter gegenüber dem Vater ausgelöst hat, betrifft das Kind in der ihm zukommenden Menschenwürde".

Dass die vertragliche Verpflichtung einer Frau, empfängnisverhütende Mittel einzunehmen, gegen ihr Persönlichkeitsrecht verstösst und deshalb unwirksam ist, überrascht nicht und ist auch in der Schweiz anerkannt²⁶. Überraschend hingegen sind die *deliktsrechtliche Sonderbehandlung der partnerschaftlichen Geschlechtsbeziehung sowie der Einbezug des Kindeswohls in die Haftungsbeziehung seiner Eltern*. Diesbezüglich erwecken die ergebnisorientierten Erwägungen des Gerichts nicht einmal den Anschein einer mit den [266] herkömmlichen Mitteln fundierten Rechtsbegründung. Wer es will, der findet denn auch ohne weiteres passende Gegenfragen²⁷:

Warum etwa soll es im Intimbereich der Geschlechtspartner deliktisch erlaubt sein, dass der eine den andern über empfängnisverhütende Massnahmen täuscht, wo doch eine solche Täuschung einen schweren Vertrauensbruch im partnerschaftlichen Verhältnis darstellt? Und wie verhält es sich mit dem Kindeswohl? Selbst wenn das rechtliche Kunststück gelänge, das Interesse des Kindes in die Haftungsbeziehung der Eltern einzubringen, bliebe immer noch die Frage, ob die Nachteile, die das betreffende Kind durch die Haftpflicht der Mutter erleiden würde, so "aussergewöhnlich" sind, dass sie den Haftungsaus-

²⁶ Vgl. GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Band. I, Zürich 1991, Nr. 660; HONSELL/HUGUENIN, Basler Kommentar, N 44 zu Art. 20 OR.

²⁷ Vgl. FEHN, Die Menschenwürde des nichtehelichen Kindes im Spannungsfeld zwischen Unterhalts- und Deliktsrecht, JuS 1988, S. 602 ff.

schluss rechtfertigen. Alle diese Fragen können hier jedoch offenbleiben, da es vorliegend ja nur darum geht, den faktischen Einfluss der Familie auf das judizierte Schuldrecht aufzuzeigen. Im Bestreben, dem Kinde gerecht zu werden, bemüht der Bundesgerichtshof sogar die verfassungsmässig geschützte Menschenwürde des Kindes, die verletzt wäre, wenn das Kind erkennen müsste, dass es durch "seine eigene Existenz eine Haftung der Mutter ausgelöst" hätte. Das zu erkennen wäre allerdings gar nicht möglich, da ja der Haftungsgrund, der zur Diskussion steht, nicht die Existenz des Kindes, sondern das täuschende Verhalten der Mutter ist.

- e. **Die Bürgschaft zulasten naher Angehöriger.** Damit komme ich weg vom schieren Haftpflichtrecht, bleibe aber bei der deutschen Rechtsprechung. Was gibt es zu berichten? Seit einigen Jahren werden die deutschen Zivilgerichte zunehmend mit Fällen befasst, in denen junge Erwachsene, aber auch Ehefrauen in Überschuldung gerieten, weil sie hohe Bürgschaftsverpflichtungen zu Gunsten ihrer Eltern oder Partner eingegangen waren, obwohl sie selber nur über geringes Vermögen und Einkommen verfügten. Darüber kam es in Deutschland zu einer lebhaften Debatte, ob und unter welchen Voraussetzungen solchen Bürgschaftsverträgen die Wirksamkeit zu versagen sei. Die zivilrechtliche Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes war gespalten. Ein "harter" Teil der Zivilsenate berief sich formaljuristisch auf die Volljährigkeit der Bürgen ("volljährig ist volljährig!") und die Bindungswirkung des Vertrages [267] ("Vertrag ist Vertrag!"), auch wenn die Bürgschaft zu lebenslanger Überschuldung führe. Ein anderer Teil war immerhin bereit, fallweise auf Unsittlichkeit der Verträge zu erkennen.²⁸ Schliesslich kam die Frage vor das deutsche Bundesverfassungsgericht:

- Mit Beschluss vom 19. Oktober 1993²⁹ hat das *Bundesverfassungsgericht* erkannt, dass sich im Vertragsrecht der sachgerechte Interessenausgleich zwar aus dem übereinstimmenden Willen der Parteien ergebe. Habe eine Partei aber ein so starkes Übergewicht, dass sie den Vertragsinhalt praktisch einseitig bestimmen könne, so bewirke dies für den andern Vertragsteil Fremdbestimmung. "Handelt es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lässt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenden Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muss die Zivilrechtsordnung" nach Massgabe des geltenden Verfassungsrechts "darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen". In solchen Fällen seien die Zivilgerichte verpflichtet, bei der Auslegung und Anwendung der §§ 138 Abs. 1 BGB (Sittenwidrigkeit) und 242 BGB (Treu und Glauben) darauf zu achten, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienten; sie hätten den Inhalt des Vertrages zu kontrollieren und korrigierend einzugreifen, wenn er für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen sei.
- Zwar ist diese Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts von grundsätzlicher Bedeutung (ja geradezu ein "Meilenstein"³⁰) für das Vertragsrecht und für die Verwirklichung der materiellen Vertragsgerechtigkeit überhaupt. Doch wurde sie, was im vorliegenden Zusammenhang interessiert, *durch familienbezogene Fallgestaltungen* "provoziert". Auch beeinflusst sie zunächst einmal die Rechtslage bei Bürgschaften (oder

²⁸ Zum Ganzen: HONSELL, Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, S. 565 ff.; PAPE, BGH-aktuell: Bürgschaftsrecht, NJW 1995, S. 1006 ff.

²⁹ NJW 1994, S. 36 ff.

³⁰ HONSELL, zit. in Anm. 28, S. 566, mit Zitat.

anderen "Garantien") mitteloser (namentliche junger und unerfahrener) Familienangehöriger, was etwa der folgende Leitsatz zu einem [268] späteren Zivilrechtsurteil zeigt: "Veranlassen Eltern hauptsächlich aus eigenem Interesse ihre geschäftsunerfahrenen Kinder, eine Bürgschaft zu leisten, die deren voraussichtliche finanzielle Leistungsfähigkeit bei weitem übersteigt, so verletzen die Eltern in der Regel ihre familienrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme und handeln wider die guten Sitten. Hat die Gläubigerbank ein solches Handeln der Eltern gekannt oder grob fahrlässig ausser acht gelassen, kann die Bürgschaft nach § 138 I BGB nichtig sein".³¹

Und was *gilt für die Schweiz*? Zunächst die Feststellung, dass eine richterliche Inhaltskontrolle von Verträgen (ja sogar von Allgemeinen Vertragsbedingungen) hierzulande nach wie vor auf erhebliche Widerstände stösst! Gleichwohl aber können Bürgschaftsfälle der umschriebenen Art nicht einfach hingenommen werden, wenn man sich der sozialen Einbindung und Verantwortlichkeit auch des Schuldrechts bewusst bleibt. Vielmehr ist für die jeweiligen Einzelfälle zu prüfen, ob die von mittellosen Familienangehörigen eingegangenen Bürgschaften infolge Übervorteilung (Art. 21 OR)³² einseitig unverbindlich oder nach Massgabe des Art. 20 OR sogar nichtig sind, weil sie durch ein Übermass der Bindung die Freiheit des Bürgen in sittenwidriger Weise beschränken (Art. 27 Abs. 2 ZGB) und demzufolge "gegen die guten Sitten" verstossen.³³ Mit dem restriktiven Satz, dass Art. 27 Abs. 2 ZGB es "niemandem verbiete, sich über seine finanziellen Kräfte hinaus zu verpflichten" (BGE 95 II 58)³⁴, ist es jedenfalls nicht getan, wenn mittellose Kinder oder Ehegatten sich durch familienbezogene Bürgschaften ihres künftigen Einkommens praktisch begeben. Überlegenswert aber wäre auch die Frage, ob der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), aus dem die Vertragsbindung fliesst, diese Bindung nicht doch in der Weise beschränkt, dass er zugleich eine [269] Befugnis zu richterlicher Inhaltskontrolle begründet. Gerade krasse Bürgschaftsfälle mit Familienbezug wären geeignet, diesbezüglich neue Denkanstösse zu geben und auf diese Weise ein Mehr an Vertragsgerechtigkeit auch in der Schweiz zu schaffen.³⁵

4. Schon die bisherige Schilderung hat auf zahlreiche Fragen hingewiesen, die sich aus dem Familienbezug schuldrechtlicher Sachverhalte ergeben können. Die Auswahl war eher zufällig. **Weitere Fragen** stellen sich zu Hauf. Zum Beispiel betreffen sie die schuldrechtlichen Aspekte der Fortpflanzungsmedizin³⁶, den Leihmuttervertrag³⁷, die Haftung Dritter für unerwünschte Kinder und die Schädigung des ungeborenen Lebens durch die Mutter selbst. Zumindest in den zwei zuletzt genannten Punkten erweist es sich, dass das "reine" Schuldrecht mit seinen klassischen Antwortschemen eindeutig überfordert ist.

³¹ BGH NJW 1994, S. 1178.

³² Nach der von mir vertretenen Auffassung beschränkt sich der Anwendungsbereich des Art. 21 OR nicht auf synallagmatische Verträge, sondern greift darüber hinaus (vgl. GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 26, Nr. 735; für Bürgschaften: GAUCH, recht, 1989, S. 94).

³³ Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 88 ff.; GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 26, Nr. 658 ff.

³⁴ Zur generellen Zurückhaltung des Bundesgerichts, wenn es um "übermässige Bindungen" in finanziellen Belangen geht, vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 91.

³⁵ Zur Vertragsfreiheit überhaupt vgl. SCHNYDER, Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff, Diss. Freiburg 1960.

³⁶ Vgl. z.B. SCHAUMANN, Die heterologe künstliche Insemination, Verhältnis zwischen Samenspende und Samenvermittler, Diss. Freiburg 1991.

³⁷ Ist der Vertrag sittenwidrig, allenfalls nur bei Entgeltlichkeit? Und wie verhält es sich mit der Abrede, das Kind an die Wunscheltern herauszugeben? Verstösst sie gegen das Adoptionsrecht?

- a. **Die Dritthaftung für unerwünschte Kinder** füllt im Ausland, zunehmend aber auch in der Schweiz, einen breiten Diskussionsraum. Hat ein Dritter wegen seines Fehlverhaltens (z.B. wegen mangelhaft ausgeführter Sterilisation oder unrichtiger Beratung) für die Geburt des unerwünschten Kindes den Eltern gegenüber zu haften? Nach den Kategorien des geltenden Schadenersatzrechts entsteht zwar durch jedes unerwünschte Kind ein Schaden, soweit es die Unterhaltspflicht der Eltern (Art. 276 ZGB) begründet.³⁸ Nicht das Kind ist ein Schaden, wohl aber die damit verbundene Kostenfolge. Das ist unbestreitbar und lässt sich auch nicht wegdiskutieren mit dem Hinweis auf die Freude und Befriedigung, welche [270] die Eltern ob dem Kind empfinden (ganz abgesehen davon, dass nicht alle Kinder allen Eltern zu allen Zeiten Freude und Befriedigung bereiten!).

Trotzdem aber sträubt sich das "Empfinden", einen Anspruch der Eltern auf Ersatz des mit dem unerwünschten Kind entstandenen Schadens zuzulassen, mögen im konkreten Fall auch alle rechtlichen Voraussetzungen einer vertraglichen oder deliktischen Haftpflicht erfüllt sein. Der tiefere Grund für diese "Empfindlichkeit" liegt im engen Familienbezug des Sachverhaltes, der den Rechtsanwender zögern lässt, die Haftung für unerwünschte Kinder in gleicher Weise wie andere Haftungsfragen zu behandeln. Die weitherum und kontrovers geführte Diskussion lässt erahnen, dass das gesetzliche Schadenersatzrecht auf den Sonderfall unerwünschter Kinder schlechterdings nicht zugeschnitten ist, sondern diesbezüglich eine Lücke aufweist, die durch richterliche Regelbildung auszufüllen gilt (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Eine solche Regelbildung könnte dazu führen, Schadenersatzansprüche nur (aber immerhin) unter ganz speziellen Umständen zuzulassen, welche die Rechtsprechung fallweise zu bestimmen hätte. Ungangbar erscheint mir dagegen der Weg, die Haftung des Dritten grundsätzlich zu bejahen, die Schadenersatzpflicht aber nach Massgabe des Art. 44 Abs. 1 OR zu reduzieren oder auszuschliessen, weil die Eltern für die "Abstammung des Kindes" einzustehen hätten.³⁹ Dieser Vorschlag versucht zwar eine systemimmanente Lösung im Rahmen des gesetzlichen Schadenersatzrechts, bleibt demzufolge aber auch den Denkkategorien des gesetzten Rechts verhaftet. Selbst der vielgewandte Jurist schreckt vor der Idee, dass die Abstammung des unerwünschten Kindes, für dessen Kosten die Eltern Schadenersatz verlangen, ein Umstand sei, für den die Eltern ausgerechnet demgegenüber einstehen müssten, der den unerwünschten Umstand verursacht hat.

- b. **Die Schädigung ungeborenen Lebens.** Sie kann zu einer Haftpflicht des Schädigers führen, auch gegenüber dem später geborenen Kind. Wie aber verhält es sich, wenn die Mutter dafür "verantwortlich" ist, dass ihr Kind mit physischen oder psychischen Schäden zur Welt kommt? Hat das Kind einen Schadenersatz- (oder Genugtuungs-) Anspruch gegenüber der eigenen Mutter? Wiederum sträubt sich das "Empfinden", solche [271] Schadenersatzansprüche zuzulassen. Das gilt schon für den Fall, da die Schädigung auf einem Verhalten der Mutter *während* der Schwangerschaft (z.B. übermässiger Alkohol-, Drogen- oder Medikamentengenuss) beruht; erst recht aber, wenn das schädigende Verhalten *vor oder bei der Zeugung geschah*. Wer sich mit solchen Schädigungen befasst, gelangt unweigerlich auch zur Grundsatzfrage, ob und inwieweit die persönliche Freiheit der Mutter, ihr eigenes Leben

³⁸ In Deutschland hat erst neulich das OLG Düsseldorf entschieden, im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH sei daran festzuhalten, "dass ärztliche Fehler bei einer Sterilisation, die zu einer unerwünschten Schwangerschaft geführt haben, Schadenersatzansprüche wegen der Belastung mit der Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind begründen können" (NJW 1995, S. 788f.). Vgl. im übrigen auch OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 1995, S. 82 ff., mit Hinweisen.

³⁹ OFTINGER/STARK, Band. I, S. 86.

zu gestalten, durch das unbestreitbare Interesse des künftigen Kindes an physisch-psychischer Integrität beschränkt wird. Diese und andere Fragen können hier nur aufgeworfen, nicht ausdiskutiert werden. Sicher aber ist, dass die Grenzen der Ersatzfähigkeit bei weitem überschritten sind, wenn ein geschädigtes Kind Ersatzansprüche erhebt, weil die Mutter es im Bewusstsein bestehender Risiken überhaupt empfangen oder nach der Empfängnis zur Welt gebracht hat. Einen Schadenersatzanspruch dafür gibt es schlechterdings nicht.

5. Der Problembereich, den das Familienschuldrecht zu bewältigen hat und als eigene Disziplin übergreifend bewältigen müsste, umfasst alle Gebiete des Schuldrechts⁴⁰, mag auch das Delikts- und vertragliche Schadenersatzrecht in den vorstehenden Beispielen privilegiert [272] behandelt worden sein. Ein besonderes Merkmal der zu schaffenden Disziplin ist ihre enge Abhängigkeit von den gesellschaftlichen Anschauungen und Verhältnissen, die sich in einem **dauernden Wandel** befinden. Wie sehr dies zutrifft, zeigt unter anderem auch das sich wandelnde Verständnis der eheähnlichen Gemeinschaft, mit der sich BERNHARD SCHNYDER auf S. 152 ff. des neuen "TUOR/SCHNYDER/SCHMID" (11. Auflage) befasst. Dass auch der Konkubinatsvertrag ins Familienschuldrecht gehört und dort sogar einen prominenten Platz beansprucht, bleibt ob der Selbstverständlichkeit der Aussage nur pro memoria beizufügen. Die zugehörige Rechtsprechung des Bundesgerichts ist spärlich; die wichtigsten Entscheide finden sich in BGE 108 II 204 ff., 109 II 228 ff. und 111 II 297 f. Wer die Entscheide liest, vermag unschwer zu erkennen, dass die Rechtsprechung sich weiter entwickeln muss, um den gewandelten Realitäten, Anschauungen und Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung zu tragen. Das aber ist keine Besonderheit gerade dieser Rechtsprechung, sondern gilt für das gesamte Schuldrecht, in besonderer Weise jedoch für das Familienschuldrecht. Denn als Teil der Gesellschaft ändert und entwickelt sich die Familie mit der Gesellschaft, während umgekehrt die Gesellschaft sich mit der Familie entwickelt und ändert. Die Entwicklungen der vergangenen Jahre verfolgt und wissenschaftlich mitgestaltet zu haben, gehört zu den grossen Verdiensten von BERNHARD SCHNYDER, was es allein schon rechtfertigt, ihm diese Festschrift mit Dank und Anerkennung zu widmen.

Korr.: MD, 24.01.2005

⁴⁰ Beispiele: a. Zum *Vertragsrecht* vgl. BGE 71 II 256, wo das Gericht angenommen hat, eine Schenkung von Familienschmuck sei unter der stillschweigenden Bedingung vereinbart worden, dass die Ehe nicht aus Verschulden der beschenkten Ehefrau geschieden werde. b. Zum *Abtretungsrecht* (Art. 164 ff. OR) vgl. BGE 78 III 113, wonach zweifelhaft ist, ob der Anspruch der Ehefrau auf einen Kostenvorschuss des Ehemannes für den Scheidungsprozess abtretbar sei. c. Zum *Bereicherungsrecht* (Art. 62 ff. OR) vgl. BGE 82 II 436, wonach Zahlungen eines künftigen Schwiegervaters an den Verlobten seiner Tochter im Hinblick auf die künftige Ehe "aus nicht verwirklichtem Grund" (Art. 62 Abs. 2 OR) zurückgefordert werden konnten, nachdem die Ehe dann doch nicht geschlossen wurde. Vgl. auch BGE 55 II 265, wonach jener Vater ungerechtfertigt bereichert ist, dessen Kind von Verwandten kostenlos aufgezogen wurde. d. Zur *SVG-Haftung* vgl. BGE 117 II 619, wonach das Überlassen des Fahrzeuges an ein Familienmitglied zum Besuch von Verwandten keine Gefälligkeit des Halters darstellt, die eine Herabsetzung des Schadenersatzes rechtfertigt. e. Zur *Geschäftsführung ohne Auftrag* (Art. 419 ff. OR) vgl. STARK (OFTINGER/STARK, Band I, S. 282 f.), der gebotene Spitalbesuche durch Angehörige eines Verletzten als auftragslose Geschäftsführung qualifiziert, um den Haftpflichtigen auf diesem Umweg zum Ersatz der Kosten (BGE 97 II 266 f.) zu verpflichten (OFTINGER/STARK, a.a.O, S. 280). Der Zweck scheint auch hier das argumentative Mittel zu heiligen; nur fragt sich, zu was diese Argumentation führt, wenn es keinen Haftpflichtigen gibt. Niemandem wird es in den Sinn kommen, den Besuchten selbst zur Vergütung der Besuchskosten zu verpflichten.